

VU Research Portal

Resolutie Comité van Ministers 15 april 2015. Opvang onrechtmatig verblijvende vreemdelingen: een politieke kwestie

Slingenberg, C.H.

published in

Asiel&Migrantenrecht
2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Slingenberg, C. H. (2015). Resolutie Comité van Ministers 15 april 2015. Opvang onrechtmatig verblijvende vreemdelingen: een politieke kwestie. *Asiel&Migrantenrecht*, 2015(3), 132-134.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Uitspraak van de Maand

In deze rubriek maandelijks een kort commentaar bij een actuele uitspraak

Resolutie Comité van Ministers 15 april 2015, CM/ResChS(2015)5

Opvang onrechtmatig verblijvende vreemdelingen: een politieke kwestie¹

LIENEKE SLINGENBERG – MR. DR. LIENEKE SLINGENBERG IS UNIVERSITAIR DOCENT MIGRATIERECHT AAN DE VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM.

De resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (15 april jl.) over opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen,² heeft tot tegenovergestelde interpretaties geleid in politiek en media. Nederland hoeft geen internationale politieke of diplomatieke consequenties te vrezen als ze de eerdere beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten niet naleeft. Maar er zouden nog wel eens juridische gevolgen kunnen zijn.

Achtergrond

Op 10 november 2014 werd de beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) inzake de klacht van de Conference of European Churches (CEC) tegen Nederland openbaar.³ In deze beslissing oordeelde het ECSR dat de Nederlandse wet- en regelgeving in strijd is met artikel 13, lid 4 en 31, lid 2 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) vanwege het ontbreken van een subjectief recht op onderdak, voeding, water en kleding voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Deze beslissing van het ECSR werd genomen in het kader van de collectieve klachtenprocedure. Nederland heeft in 2006 het aanvullend protocol bij het ESH, dat voorziet in een collectieve klachtenprocedure,⁴ geratificeerd en daarmee de bevoegdheid van het ECSR geaccepteerd om te oordelen of de bepalingen van het ESH op toereikende wijze worden toegepast.⁵ Het aanvullend protocol bepaalt dat beslissingen van het ECSR worden doorgezonden naar het Comité van Ministers van de Raad van Europa.⁶ Het Comité van Ministers dient vervolgens een resolutie aan te nemen.⁷ Als het ECSR heeft geoordeeld dat bepalingen van het ESH niet op toereikende wijze zijn toegepast, dan dient het Comité van Ministers, met tweederde

meerderheid, een aanbeveling gericht aan de betreffende staat aan te nemen, aldus het protocol.⁸ De staat moet vervolgens in zijn eerstvolgende rapport aan het ECSR informatie verschaffen over de maatregelen die zijn genomen om uitvoering te geven aan de aanbeveling.⁹

Personele toepassingsbereik Europees Sociaal Handvest

De kernvraag in de beslissing van het ECSR is of onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onder het personele toepassingsbereik van het ESH vallen. Het ESH kent daar expliciete bepalingen over. In de bijlage bij het ESH staat de algemene bepaling over de werkingssfeer van het Handvest. Deze bepaling luidt:

‘Without prejudice to Article 12, paragraph 4, and Article 13, paragraph 4, the persons covered by Articles 1 to 17 and 20 to 31 include foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned.’

Artikel 13 ESH gaat over sociale en medische bijstand, het was één van de artikelen waarover werd geklaagd door CEC. Lid 4 van artikel 13 bepaalt dat de verdragspartijen de bepalingen uit dit artikel dienen toe te passen ‘on an equal footing with their nationals to nationals of other Parties lawfully within their territories’. Aangezien deze bepaling geen ‘lawful residence’ vereist, maar slechts vereist dat vreemdelingen ‘lawfully within the territory’ zijn, is het toepassingsbereik van deze bepaling iets ruimer dan het algemene toepassingsbereik van het ESH.¹⁰ Vreemdelingen die onrechtmatig op het grondgebied verblijven zijn echter ook in deze bepaling expliciet uitgesloten van het toepassingsbereik. Het ECSR oordeelt echter sinds 2004 dat sommige rechten uit het ESH onder bepaalde omstandigheden wel van toepassing kunnen zijn op onrechtmatig verblijvende vreemdelingen.¹¹ In eerdere beslissingen over collectieve klachten heeft het ECSR reeds geoordeeld dat alle onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onder het toepassingsbereik vallen

1 Deze bijdrage is gedeeltelijk gebaseerd op mijn noot bij ECSR 10 november 2010, JV 2015/24 en mijn blog over de resolutie van het Comité van Ministers dat ik samen met Elles Besselsen schreef op www.verblijfblog.nl.

2 Resolutie naar aanleiding van de beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten over een klacht van de Conference of European Churches tegen Nederland.

3 ECSR 1 juli 2014, gepubliceerd op 10 november 2014, JV 2015/24 m.nt. Slingenberg.

4 Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, CETS no. 158 (hierna: aanvullend protocol).

5 Artikel 8, lid 1 van het aanvullend protocol.

6 Artikel 8, lid 2 van het aanvullend protocol.

7 Artikel 9, lid 1 van het aanvullend protocol.

8 Idem.

9 Artikel 10 van het aanvullende protocol.

10 Zie over het verschil tussen de termen ‘lawfully within the territory’ en ‘lawfully resident’: C.H. Slingenberg, *The Reception of Asylum Seekers under International Law. Between Sovereignty and Equality*, Oxford: Hart Publishing 2014, pp. 114-125.

11 European Committee of Social Rights, *European Social Charter (Revised) Conclusions 2004*. Volume 1, Council of Europe Publishing 2004, p. 10

van het recht op medische zorg uit artikel 13, lid 4 ESH¹² en dat onrechtmatig verblijvende *kinderen* onder het toepassingsbereik vallen van:

* artikel 17 ESH over het recht op sociale, wettelijke en economische bescherming;¹³

* artikel 31, lid 2 over de verplichting van staten om dak- en thuisloosheid te voorkomen en te verminderen;¹⁴

* artikel 7, lid 10 over bijzondere bescherming tegen gevaren voor lichaam en geest;¹⁵

* artikel 11 over het recht op gezondheid;¹⁶

* artikel 16 met betrekking tot het recht op gezinshuisvesting.¹⁷

In de beslissing over de klacht van CEC tegen Nederland oordeelde het ECSR voor het eerst dat ook volwassen onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onder het toepassingsbereik vallen van artikel 13, lid 4 m.b.t. noodbijstand (onderdak, voeding en kleding) en van artikel 31, lid 2 met betrekking tot onderdak. De belangrijkste reden die het ECSR hiervoor geeft, is dat toegang tot noodzakelijke voeding, kleding en onderdak nauw verbonden is met de verwezenlijking van de meest fundamentele mensenrechten en met menselijke waardigheid.¹⁸ Een ander argument is dat de rechten uit het ESH zoveel mogelijk moeten worden geïnterpreteerd in overeenstemming met andere bepalingen uit het internationale recht.¹⁹

Nederland geeft in haar reactie van 16 september 2014 aan ernstige bezwaren te hebben tegen de beslissing van het ECSR. Hoewel Nederland erkent dat rapporten en beslissingen van het ECSR normaalgesproken navolging verdienen, meent het dat dat in deze zaak anders ligt, omdat een duidelijke bepaling van het ESH door het ECSR wordt genegeerd. De interpretatie die aan de bepaling over het toepassingsbereik in de bijlage van het ESH wordt gegeven door het ECSR is volgens Nederland niet slechts een extensieve uitleg van de bepaling, maar een interpretatie *contra legem*. Dit is niet in overeenstemming met het vereiste dat verdragen te goeder trouw moeten worden uitgelegd. Dit is reden tot ernstige bezorgdheid, omdat dit negatieve gevolgen kan hebben voor de autoriteit van het ECSR op de lange termijn en daarmee voor de effectiviteit van het ESH, aldus de Nederlandse reactie.

De ‘aanbeveling’

De tekst van de resolutie die door het Comité van Ministers op 15 april 2015 is aangenomen luidt als volgt:

- ‘1. takes note of the report of the ECSR and in particular the concerns communicated by the Dutch Government (see appendix to the Resolution);
2. recalls that the powers entrusted to the ECSR are firmly rooted in the Charter itself and recognises that the decision of the ECSR raises complex issues in this regard and in relation to the obligation of States parties to respect the Charter;
3. recalls the limitation of the scope of the European Social Charter (revised), laid down in paragraph 1 of the appendix to the Charter;

¹² ECSR 8 september 2004, nr. 13/2003, *FIDH t. Frankrijk*.

¹³ ECSR 8 september 2004, nr. 13/2003, *FIDH t. Frankrijk*; ECSR 20 oktober 2009, nr. 47/2008, *DCI t. Nederland*, JV 2010/150, en ECSR 23 oktober 2012, nr. 69/2011, *DCI t. België*.

¹⁴ ECSR 20 oktober 2009, nr. 47/2008, *DCI t. Nederland*, JV 2010/150.

¹⁵ ECSR 23 oktober 2012, nr. 69/2011, *DCI t. België*.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Para 74 van de beslissing (zie noot 2).

¹⁹ Para 68 van de beslissing (zie noot 2).

4. looks forward to the Netherlands reporting on any possible developments in the issue.’

Aan de ene kant wordt de bevoegdheid van het ECSR om het verdrag te interpreteren bevestigd. Aan de andere kant wordt erop gewezen dat de beslissing van het ECSR wel ingewikkelde vragen doet oproepen over deze bevoegdheid en over de verplichting van staten om het ESH na te leven en wordt er op het beperkte personele toepassingsbereik van het ESH gewezen. In het licht van de zeer zwakke aanbeveling die aan Nederland wordt gedaan – om te rapporteren over mogelijke ontwikkelingen inzake het vraagstuk – lijkt het erop dat het Nederlandse standpunt bijval heeft gekregen in het Comité van Ministers.

Opvallend is het verschil met de tekst van de resolutie van het Comité van Ministers over een eerdere gegrond bevonden klacht tegen Nederland over opvang van onrechtmatig verblijvende kinderen.²⁰ De tekst van deze resolutie luidt als volgt:

- ‘1. Takes note of the statement made by the respondent government and of the information it has communicated and welcomes the authorities’ commitment to ensure the effective implementation of the rights of children unlawfully present in its jurisdiction (see appendix to this resolution);
2. Recognises the limitation of the scope of the European Social Charter (revised) in terms of persons protected, laid down in paragraph 1 of the Appendix to the Charter, but notes that this does not relieve states from their responsibility to prevent homelessness of persons unlawfully present in their jurisdiction, more particularly when minors are involved;
3. Looks forward to the Netherlands reporting that, at the time of the submission of the next report concerning the relevant provisions of the European Social Charter, the situation is in full conformity with the European Social Charter.’²¹

Ook in deze resolutie wordt het beperkte toepassingsbereik van het ESH bevestigd, maar hier wordt daar direct aan toegevoegd dat staten niettemin verplicht zijn om dakloosheid van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen te voorkomen, *met name* (dus niet uitsluitend) wanneer het gaat om kinderen. Nederland wordt in deze zaak bovendien gevraagd om de situatie volledig in overeenstemming met het ESH te brengen; een veel sterkere aanbeveling dan de aanbeveling om te rapporteren over mogelijke ontwikkelingen.

Analyse

De toelichting bij het aanvullend protocol stelt dat: ‘The Committee of Ministers cannot reverse the legal assessment made by the Committee of Independent Experts [ECSR, LS]. However, its decision (resolution or recommendation) may be based on social and economic policy considerations’.²² Hieruit kan worden afgeleid dat, nu het gaat om sociaaleconomische rechten, het Comité van Ministers rekening mag houden met de financiële middelen van de betreffende staat, en om die reden bijvoorbeeld mag aanbevelen om de situatie op termijn in over-

²⁰ ECSR 20 oktober 2009, nr. 47/2008, *DCI t. Nederland*, JV 2010/150.

²¹ Comité van Ministers, resolutie CM/ResChS(2010)6, aangenomen op 7 juli 2010, beschikbaar op: bit.ly/1yMcTJj.

²² Para. 46 van het Explanatory Report, beschikbaar op: bit.ly/1E6IWgS.

eenstemming met het ESH te brengen, of om te rapporteren over vooruitgang.²³ Dat staten verplicht zijn tot 'progressive realization' met betrekking tot sociaaleconomische mensenrechten 'to the maximum of its available resources', kennen we ook uit het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten.²⁴ In het kader van het ESH maken dergelijke afwegingen echter niet noodzakelijkerwijs deel uit van de juridische beoordeling of nationale wet- en regelgeving in overeenstemming is met het ESH, maar zijn ze veeleer van belang voor het vaststellen van de omvang van de verplichtingen van een concrete staat om die overeenstemming te bereiken. Een twee-fasen toets dus,²⁵ waarbij echter elke fase door een ander orgaan wordt uitgevoerd, en één van die organen een politiek orgaan is.

De tekst van de actuele 'aanbeveling' aan Nederland lijkt, mede gelet op de Nederlandse reactie en de 'in particular' verwijzing daarnaar, niet zozeer te zijn ingegeven door sociaaleconomische beleidsoverwegingen, maar juist de juridische beoordeling van het ECSR in twijfel te trekken. Aangezien de toelichting bij het aanvullend protocol dit in duidelijke bewoordingen verbiedt, is dit mijns inziens niet in overeenstemming met artikel 9 van het aanvullend protocol.

De zwakke verplichting die het Comité van Ministers aan Nederland oplegt – om te rapporteren over mogelijke ontwikkelingen – betekent dat Nederland geen internationale politieke/diplomatieke consequenties hoeft te vrezen bij het niet-naleven van de beslissing van het ECSR. Maar hoe zit dat met de juridische consequenties?

Juridische consequenties

Zoals gezegd kan het Comité van Ministers niks afdoen aan het juridische oordeel van het ECSR; dit oordeel is nog steeds

geldig. Beslissingen van het ECSR zijn niet juridisch bindend,²⁶ maar het zijn wel gezaghebbende interpretaties van het ESH. Dat betekent dat staten deze oordelen niet zomaar naast zich neer kunnen leggen; dat zou onverenigbaar zijn met de expliciete verlening van de bevoegdheid (door partij te worden bij het aanvullend protocol) aan het ECSR om over collectieve klachten te beslissen. In *Diallo* overwoog het Internationaal Gerechtshof over beslissingen van het Human Rights Committee:

'Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty.'²⁷

Volgens Ulfstein betekent het verlenen van 'great weight' aan beslissingen van toezichthoudende comités dat staten in beginsel moeten uitgaan van de juistheid van de inhoud van het oordeel en dat zij hiervan slechts kunnen afwijken als zij goede, inhoudelijke, tegenargumenten hebben.²⁸

Uit de Nederlandse reactie aan het Comité van Ministers blijkt dat Nederland in deze zaak argumenten aanvoert waarom het oordeel van het ECSR niet juridisch overtuigend is. Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om te oordelen of deze argumenten overtuigend zijn en van zodanige aard dat zij een afwijking van het oordeel van het ECSR kunnen rechtvaardigen. In het licht van de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in *Diallo*, kan een dergelijke conclusie niet lichtvaardig worden getrokken.

23 Het Comité van Ministers vereist soms dat 'domestic practice and legislation to be in conformity with the ESC in the long term' (zie bijvoorbeeld resolutie Res ChS (2013) 16 over klacht nr. 75/2011) of dat de staat rapporteert over de 'progress made' (zie bijvoorbeeld resolutie CM/ResChS(2014)2 over klacht nr. 81/2012).

24 Art. 2 IVESCR.

25 Vgl. Janneke Gerards over de twee fasen toets in jurisprudentie van het EHRM over positieve verplichtingen: J. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *NJCM-Bulletin* 2006-1, p. 94-99.

26 Het aanvullend protocol bij het ESH bevat geen bepaling waarin staat dat de lidstaten verplicht zijn om de beslissingen van het ECSR op te volgen, zoals bijvoorbeeld wel is geregeld in artikel 46 EVRM.

27 IGH 30 november 2010, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), I.C.J. Reports 2010, p. 639, Para 66.

28 G. Ulfstein, 'Chapter 3. Individual complaints', in: H. Keller and G. Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge University Press 2012, p. 100. Zie in deze zin ook R. van Alebeek and A. Nollkaemper, 'Chapter 8. The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law', in: H. Keller and G. Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge University Press 2012, p. 385. Zij verwijzen naar C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford University Press 2008.